

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA

Directores

Derecho constitucional comparado

1

La ciencia y el método

LUCIO PEGORARO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
EDITORIAL ASTREA

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1

La ciencia y el método

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 781

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

José Antonio Bautista Sánchez
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Adaptación de portada

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1

La ciencia y el método

LUCIO PEGORARO

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA

Directores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
EDITORIAL ASTREA
MÉXICO, 2016

Título original en italiano: *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*,
© Bologna University Press, Bologna, 2014.

Edición en español: © EDITORIAL ASTREA SRL, 2016.

Foto de portada: Lucio Pegoraro, "Choque de culturas". La imagen simboliza una cultura no occidental (el hombre con el carro) acercándose a la cultura occidental (el edificio colonial y su interior oscuro).

Primera edición: 17 de octubre de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

DR © 2016. EDITORIAL ASTREA SRL
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires
0800-345-ASTREA (278732)
(54-11) 4382-1880
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8300-0

*A África violada,
y a la Isla de Lampedusa que la acoge*

«How dangerous is the acquirement of knowledge
and how much happier that man is
who believes his native town to be the world,
than he who aspires to be greater than his nature will allow»
Mary Shelley, *Frankenstein* (1818)

«Okay, but remember their point of view:
Who are we to tell them the rules?»
Jack Ryan, en Tom Clancy,
The Bear and the Dragon (Rubicon, Inc., 2000)

ADVERTENCIAS

La ciencia y el método es el primero de dos volúmenes de la obra de “Derecho constitucional comparado”, pensado y escrito por Lucio Pegoraro y Angelo Rinella. Éste está dedicado a los problemas metodológicos de la comparación, mientras que el segundo se ocupará del derecho sustancial; lo firmarán los dos autores y se publicará al final de 2016.

Este libro va dirigido específicamente al público ibérico y latinoamericano, donde en las universidades no se practica mucho (o no del todo) el derecho comparado (y, en particular, el Derecho constitucional comparado).

Ello –espero– justifica la insistencia sobre algunos puntos, que, en otros países europeos, son consolidados: por ejemplo, la distinción entre derecho comparado y derecho extranjero, la historia de la materia, o las diferencias entre las aportaciones de comparatistas de formación en derecho civil y en derecho constitucional. Como también algunas posiciones polémicas, debidas a la percepción personal de un sentido no siempre correcto dado, en estos países, a la comparación jurídica (sentido que, por otro lado, también circula en Europa).

En las notas he intentado usar fuentes de proveniencia diferente; pero obviamente se tiene un mejor conocimiento (y, sobre todo, una mayor accesibilidad) de las más cercanas, aunque un comparatista debería –pero sólo es posible en teoría– olvidar su cultura de origen.

He intentado citar artículos y volúmenes en versión original, con algunas excepciones (sobre todo para las fuentes en alemán y las utilizadas en libros o ensayos traducidos a otro idioma). La bibliografía de derecho sustancial es reducida al

mínimo, y seguramente no es exhaustiva (pero no era el objetivo del volumen tratar la materia en la sustancia).

Las citas de los libros y de las revistas han sido uniformadas en una suerte de “esperanto”, sin usar ni el sistema anglosajón, ni el italiano o el francés, ni el alemán ni el estadounidense (por ejemplo, he usado, para indicar las diferentes fórmulas de los idiomas interesados –como “dirigido por”, “coordinado por”– sólo “ed.” o, en plural, “eds”).

El libro representa una evolución y un desarrollo de ideas que en algunas partes habían sido expuestas en publicaciones anteriores. Además de las otras publicaciones que especificaré al final (muchas de las cuales se encuentran ya en *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, y Ed. Un. Libre, Bogotá, 2012), me refiero en particular a tres libros: *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padua, 2002, tr. parcial al castellano, *Introducción al derecho público comparado*, Unam, México, 2006, y Palestra, Lima, 2006; *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padua, 2007; *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padua, 2013. Los tres fueron escritos en colaboración con Angelo Rinella; de ellos he usado algunas partes, con cambios, actualizaciones, modificaciones e incluso algunos *overruling*. Las que se deben a la exposición original de Rinella (aunque compartida y pactada, en los libros citados) se refieren en particular a los § 9, 14, 15, 18, 19, 22 y 26.

A la hora de publicarlo, deseo agradecer los comentarios y las críticas de aquellos que en varias fases de la redacción han tenido la amabilidad de leer el texto; en particular, Antonio Reposo, Silvia Bagni, Serena Baldin, Miryam Iacometti, Eloisa D. Cosimo, Matteo Nicolini, Giorgia Pavani. Además, Giovanni Bognetti, hacia el cual me considero deudor de varias sugerencias, especialmente sobre la relación entre historia y derecho; a él van mi recuerdo y mi gratitud.

Finalmente, y sobre todo, gracias a Sabrina Ragone, que ha asumido la carga de traducir el texto, además de su lectura crítica.

ABSTRACT

There has been a growth in constitutionalism in the past decades. Such growth –which, in some countries, has been only “apparent”– posits the necessity of studying its circulation and reception. Private comparative studies have been developed their own method since 1900 – but this method seems to be inadequate whilst applied to constitutional law. This leads to the following questions: do comparative scholars with a background in constitutional law have a method, which fits the essentials of their field of research? Can constitutional comparative law be considered as a separate legal discipline? The book aims at highlighting the specific traits of constitutional comparative legal studies. To this extent, the legacies of European constitutionalism still shape researches encompassing a worldwide range of countries. In addition, they accentuate the cleavages between black-letter constitutions and the dissemination of constitutionalism. Furthermore, they held the superiority of the western legal tradition in constitutional legal studies as for the frame of government and the bill of rights. The book has recourse to a positivistic, albeit relativistic, approach to comparative studies. This helps in superseding traditional concepts and values, as well as in underlining the varieties of concepts law takes in different legal traditions and systems. The books sets aside both the equation between law and legislation (which is typical in XIX-century positivistic legal studies), and ideology, according to which constitutions rest on immutable principles and values. It also assumes legal studies as a constitutive formant of constitutional law, which discloses the rationale of circulation, transplants and rejection of its institutes. Finally, it implies an appropriate recourse to disciplines (social and linguistic sciences etc.), which are different from the legal one. Such sciences complement the concept of “law”: within the different legal traditions, indeed, law often takes diverse forms and serves distinct functions.

La expansión del constitucionalismo, a veces sólo “aparente”, se combina con la necesidad de estudiar sus formas de circulación

y aplicación. Los instrumentos elaborados por el derecho civil comparado desde el siglo xx no son siempre suficientes o adecuados. ¿Pero los comparatistas constitucionalistas han creado métodos de investigación idóneos, peculiares para los caracteres propios de la materia, hasta el punto de que el derecho constitucional comparado puede ser considerado una ciencia? El objetivo principal del volumen es buscar las especificidades de la comparación en el ámbito del derecho constitucional. El eurocentrismo exasperado que caracteriza muchos estudios comparados en todos los países enfatiza la fractura entre la adopción de constituciones y la recepción de la cultura constitucionalista, y alimenta la sensación difusa de que la forma occidental de organización del poder y regulación de los derechos es superior a las demás. Sólo un acercamiento positivista, relativista y científico al derecho comparado permite alejar ideas preconcebidas y axiologías de valores, enfatizando la estructura poliédrica que el derecho asume en los distintos sistemas, familias, ordenamientos. Rechazando la ecuación derecho = ley, típica del positivismo del siglo xix, y la *ideología* de los contenidos esenciales, universales y no modificables de las constituciones, el análisis positivo permite enfatizar el papel de la cultura jurídica como formante constitutivo del derecho constitucional vigente, para entender sus razones, y averiguar sus condiciones de aplicabilidad y circulación (o de rechazo). Así se revela esencial el uso –metodológicamente correcto– de otras ciencias distintas del derecho, porque el “derecho” no es lo mismo siempre y en todo lugar.

L'expansion du constitutionnalisme, qui est parfois un phénomène juste “de façade”, est accompagné par la nécessité d'étudier la manière dont il “circule” ainsi que son application dans le monde juridique. Les moyens d'analyse utilisés par le droit civil déjà à partir de 1900 ne se révèlent pas toujours suffisants ou adéquats à ces fins. Mais peut-on vraiment affirmer que les comparatistes du droit constitutionnel ont utilisées des méthodes adaptées aux caractéristiques particulières de la matière objet de recherche, au point que le droit constitutionnel comparé puisse être considéré comme une science? Le but principal de ce livre est d'analyser les spécificités de la comparaison dans le domaine du droit constitutionnel. L'eurocentrisme exaspéré qui caractérise la recherche dans ce domaine dans beaucoup des pays met l'accent sur l'écart entre l'adoption des Constitutions et la transposition de la culture constitutionnelle, en alimentant le sentiment général que la manière occidentale d'organiser le pouvoir et de discipliner le droit est supérieur aux autres. Seule une approche positiviste, relativiste et scientifique à la comparaison permet de laisser de côté les idées préconçues et les valeurs axiologiques, et de mettre en valeur la structure à multiples facettes qui

prend la loi dans les différents systèmes des familles et des ordres juridiques. Rejetant l'équation droit = loi, qui est typique du positivisme du XIXème siècle, et l'idéologie des constitutions essentielles, universelles et immuables, l'analyse positive permet de souligner le rôle de la culture juridique en tant que "formant" constitutif du droit constitutionnel en vigueur, afin de comprendre les raisons de la circulation (ou du rejet) d'un modèle et d'en vérifier les conditions d'applicabilité. Enfin, l'utilisation –méthodologiquement correcte– des sciences autres que celle juridique se révèle essentiel, car le "droit" n'est pas partout ni toujours la même chose.

L'espansione del costituzionalismo, a volte solo "di facciata", si accompagna all'esigenza di studiarne i modi di circolazione e di applicazione. Non sempre gli strumenti apprestati dalla scienza del diritto civile comparato a far tempo dal 1900 si rivelano sufficienti o adeguati. Ma i comparatisti costituzionalisti hanno apprestato metodi di indagine idonei, peculiari alle caratteristiche proprie della materia, al punto che il diritto costituzionale comparato possa considerarsi una scienza? Scopo principale del volume è la ricerca delle specificità della comparazione nel campo del diritto costituzionale. L'esasperato eurocentrismo che contraddistingue molte ricerche costituzionalistiche in tutti i paesi enfatizza la frattura tra l'adozione di costituzioni e il recepimento della cultura costituzionalistica, e denuncia la diffusa sensazione che il modo occidentale di organizzazione del potere e di disciplina dei diritti è superiore ad altri. Solo un accostamento positivistico, relativistico e scientifico alla ricerca comparatistica consente di accantonare idee preconcepite e assiologie valoriali, e di enfatizzare la poliedrica struttura che il diritto assume nei vari sistemi, famiglie, ordinamenti. Rifiutando l'equazione diritto = legge, propria del positivismo legistico ottocentesco, e l'ideologia dei contenuti essenziali, universali e immodificabili delle costituzioni, l'analisi positiva consente di valorizzare il ruolo della cultura giuridica quale formante costitutivo del diritto costituzionale vigente, per comprenderne le ragioni, e verificarne le condizioni di applicabilità e di circolazione (o di rigetto). Essenziale si rivela dunque l'utilizzazione –metodologicamente corretta– di scienze diverse da quella giuridica, perché "diritto" non è sempre e dovunque la stessa cosa.

ÍNDICE GENERAL

<i>Advertencias</i>	VII
<i>Abstract</i>	IX

INTRODUCCIÓN

.....	1
-------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LÉXICO DE LA COMPARACIÓN

§ 1. Delimitación del campo semántico: dos opciones en sentido amplio, una opción en sentido estricto (y un vocabulario mínimo)	7
1.1. Es una variable de “derecho” (mejor en sentido amplio)	11
1.2. Es una variable de “constitución” (mejor en sentido amplio)	16
1.3. Es una variable de “comparar” (mejor en sentido estricto)	19
§ 2. Visiones teóricas y visiones dogmáticas: la homologación objetiva entre Derecho constitucional y Derecho constitucional comparado. Derecho constitucional extranjero y Derecho comparado	21
§ 3. Definición (remisión)	31
§ 4. Un acercamiento analítico y la deconstrucción de los conceptos	32

CAPÍTULO II**LA COMPARACIÓN COMO MÉTODO
Y COMO CIENCIA**

§ 1.	La cuestión ciencia/método y su relación con los fines perseguidos (¿comparar para comparar, o emplear la comparación para estudiar el derecho nacional?)	45
§ 2.	Vertiente ética de la comparación: el relativismo de una ciencia “laica”	65
§ 3.	La comparación constitucionalista y los problemas en común con otras ciencias	68
§ 4.	Comparación jurídica, comparación constitucionalista ...	70
§ 5.	Aspectos históricos: desde un pasado “publicista” hasta hoy: la obra de los estudiosos del Derecho privado y el moderno Derecho comparado general	76
§ 6.	El empleo de las categorías comparatistas del Derecho privado: ¿parasitismo metodológico o gemación en el Derecho constitucional comparado?	84
§ 7.	La necesidad de enuclear los problemas distintos y elaborar metodologías propias y específicas para el objeto estudiado (las constituciones)	89

CAPÍTULO III**LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL
COMO FINALIDAD
(PARA “CONSTRUIR” LA CIENCIA)****PREMISA**

§ 1.	Factores de continuidad y discontinuidad en el objeto de investigación. (Lo que los comparatistas constitucionalistas deben usar, sin modificaciones, y lo que tienen que adaptar)	96
------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

SECCIÓN I**VARIANTES E INVARIANTES METODOLÓGICAS**

§ 1.	Lenguaje, traducciones, conceptos	99
1.1.	Desde las “leyes claras y concisas” en la edad de los códigos al Estado social y la globalización	101

1.2.	Constitucionalismo y globalización lingüística	104
1.3.	Traducciones y formantes implicados	107
1.4.	Problemas antiguos de las traducciones	110
1.5.	... Y problemas nuevos: el ejemplo de la palabra “derechos” en el moderno léxico constitucional	116
1.6.	El <i>nomen</i> en las clasificaciones	124
§ 2.	Método/métodos	127
§ 3.	Formantes	134
§ 4.	El uso de los criptotipos y el “derecho mudo”	146
§ 5.	Interdisciplinariedad	150
5.1.	Problemas teóricos, problemas prácticos	150
5.2.	Las disciplinas “de frontera”	154
5.2.1.	Historia del derecho e Historia de las doc- trinas políticas	155
5.2.2.	Filosofía del derecho, Sociología del dere- cho y Antropología jurídica	161
5.2.3.	Ciencia política	164
5.2.4.	Otras ciencias sociales: Economía, Estadísti- cas, Geografía, Psicología	168
5.3.	Ciencias formales o de la naturaleza	174
5.4.	Las ciencias jurídicas “contiguas”	175
5.4.1.	Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional	177
§ 6.	Los niveles de comparación	183
§ 7.	Analogías y diferencias, comparabilidad, macro y micro- comparación, <i>tertium comparationis</i>	189
§ 8.	Clasificaciones	198
§ 9.	Elementos determinantes y elementos pertinentes	209
§ 10.	Modelos y la dinámica de los modelos	232
§ 11.	La circulación de los modelos entre prestigio e imposición	251

SECCIÓN II

VARIANTES E INVARIANTES OBJETIVAS

§ 1.	Premisa	263
§ 2.	Un problema compartido: la interpretación y la inter- pretación constitucional	265
§ 3.	Clasificaciones: las interferencias mutuas	275
3.1.	El concepto de familias jurídicas y sus influencias en la sistematización de la materia	275
3.2.	Las formas de Estado	286
§ 4.	Materias concurrentes	299
4.1.	Las fuentes del derecho	299
4.2.	La justicia constitucional	303

§ 5.	El terreno de los constitucionalistas	311
5.1.	Los derechos y libertades	311
5.2.	El tipo de Estado	315
5.3.	Las formas de gobierno	320
5.4.	La organización del Estado	325

CAPÍTULO IV

LA COMPARACIÓN COMO MEDIO (PARA “USAR” LA CIENCIA)

§ 1.	Funciones prácticas de la comparación	329
1.1.	El estudio del derecho propio a través de la comparación	331
1.2.	La construcción del derecho codificado	335
1.3.	La edificación de derechos comunes (unificación/armonización del derecho)	340
1.4.	El auxilio a los jueces	348
§ 2.	Circulación (y disociación) entre formantes	359
2.1.	Generalidad	359
2.2.	En la elaboración de trabajos doctrinales	361
2.3.	En la escritura de las leyes	364
2.4.	En la motivación de las sentencias	367
§ 3.	La circulación interformantes: de la doctrina a los formantes “dinámicos” (pero sólo donde la doctrina no es un formante dinámico)	372

CONCLUSIONES

§ 1.	Constitucionalismo y globalización	377
§ 2.	La armonización del derecho en la nueva Edad Media; la jurisprudencia entre sociedad y derecho codificado y el papel de la doctrina comparatista: guardián del legislador, juez de los jueces	382
§ 3.	El Derecho comparado entre teoría general y derecho dogmático	384
	<i>Bibliografía</i>	391